

Rechtsprechungsübersicht / Aperçu de la jurisprudence

- *Jens Lehmann* 1388

Entscheidungsbesprechungen / Discussions d'arrêts actuels

Ein von Vielen erwartetes offenes Wort eines – auch für seine Zurückhaltung und Bescheidenheit bekannten – Wissenschaftlers, der wie kaum ein anderer das Sozialrechtssystem der Schweiz versteht, zu bedenklichen Tendenzen in der Rechtsprechung zur Invalidenversicherung. Anlass dazu bietet BGer 9C_701/2013 vom 12. Juni 2014.

Wer trägt die Beweislast für die Orts- oder Quartierüblichkeit des Mietzinses (Art. 269a Bst. a OR) im Zusammenhang mit dem Begehren auf Herabsetzung des Anfangsmietzinses? Ändert sich etwas an der grundsätzlichen Beweislast des anfechtenden Mieters, wenn der Anfangsmietzins um 43% höher liegt als der Mietzins bei der vorangegangenen Vermietung, dies trotz Sinkens des Referenzzinssatzes? Welches sind die Anforderungen an Vergleichsobjekte? Mit den Grundlagen, Argumenten und Folgen des BGE 139 III 13 setzt sich diese ausführliche Besprechung auseinander.

Mit dem *Gaba*-Entscheid (BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013) hat das Bundesverwaltungsgericht das schweizerische Kartellrecht, sowohl was rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze als auch was den internationalen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes anbelangt, massgeblich weiter entwickelt. Der Rezensent zeigt, worin der Neuerungsgehalt der Entscheidung liegt.

In einem Strafverfahren haben Parteien und Gerichte mehrerer Instanzen (einschliesslich das Bundesgericht in BGer 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014) übersehen, dass adhäsionsweise geltend gemachte und zugesprochene Ansprüche keine auf diesem Weg durchsetzbaren privatrechtlichen Forderungen gegen die Angeschuldigten waren – sondern ein Fall der Staatshaftung vorgelegen hätte. Anhand dieses Falles stellt der Rezensent die Grundsätze des Staats- und Organisationshaftungsrechts im Bereich der interkantonal organisierten Ausbildung von Polizeikräften vor.

Am Beispiel des BGer 6B_607/2013 vom 27. Februar 2014 zeigt der Autor die uneinheitliche Praxis des Bundesgerichts in Fällen auf, in denen die Bundesanwaltschaft oder kantonale Staatsanwaltschaften Beschwerden geführt haben und dabei die Beschwerdeschriften nicht jeweils im Namen des obersten Amtsinhabers eingereicht worden sind, sondern von einem diesem untergeordneten Dienst.

- *Ueli Kieser* 1395

(1) Stellenwert von ärztlichen Einschätzungen; Bedeutung des Eingliederungsziels der IV

- *Laurent Bieri* 1398

(2) Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial

- *Florian Henn* 1403

(3) Der *Gaba*-Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts – Wegweiser für künftige Urteile des EuGH

- *Markus Mohler* 1408

(4) Strafprozess- und Organisationshaftungsrecht

- *Manuel Meier* 1414

(5) Eine Beschwerde in Strafsachen der Bundesanwaltschaft gegen mitteilungsbedürftige Entscheide, in welchen die Anklage nicht von der Bundesanwaltschaft erhoben und vertreten wurde, ist Chefsache

Literaturübersicht / Bibliographie

- *Anne-Laure Bossel / Luca Oberholzer* 1418

Zu guter Letzt

- *David Roth* 1425
Das Geländewagen-Plagiat

Müssen Konsumenten über das Designrecht geschützt werden, wenn sie sich nicht mehr darauf verlassen können, dass die Technik einer patentierte Erfindung gut nachgeahmt ist?

Mitteilungen / Communications

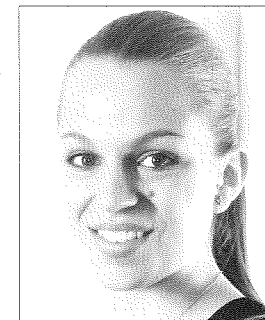
- Impressum 1429

- Autorenverzeichnis / Adresses des auteurs 1430



Instrumente der Vermögenssorge – das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Auftrag und zur Vollmacht

STEPHANIE
HRUBESCH-MILLAUD



MARTINA JAUSSE

Der seit dem 1. Januar 2013 in Art. 360 ff. ZGB statuierte Vorsorgeauftrag ermöglicht der auftraggebenden Person, ihr Selbstbestimmungsrecht über den Zeitpunkt eines allfälligen Verlusts der Urteilsfähigkeit dahingehend zu wahren, dass sie vorgängig eine Person ihrer Wahl damit beauftragt, im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit die Sorge für sie zu übernehmen.

Dieses Bedürfnis, die zukünftige Vorsorge für die eigene Urteilsunfähigkeit selbständig zu gestalten, bestand schon vor Inkrafttreten des geltenden Erwachsenenschutzrechts; es musste jedoch mangels spezifischer Regelungen auf die obligationenrechtlichen Institute der Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) und des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) zurückgegriffen werden, welche mit sogenannten Weitergeltungsklauseln versehen wurden.

Es stellt sich die (auch für die Praxis) bedeutsame Frage, ob Vollmachten und Aufträge, welche über die Urteilsunfähigkeit hinaus gelten sollen (Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR) (noch) zulässig oder durch das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags unzulässig geworden sind, bzw. in welchem Verhältnis sie zum Vorsorgeauftrag stehen. In diesem Zusammenhang spielt auch Art. 397a OR eine Rolle, welcher eine Meldepflicht des Beauftragten vorsieht.

Le mandat pour cause d'incapacité, réglé depuis le 1^{er} janvier 2013 aux art. 360 ss CC, permet au mandant de préserver son droit d'autodétermination même pour la période suivant une éventuelle perte de sa capacité de discernement, en chargeant préalablement une personne de son choix de prendre soin de lui au cas où il deviendrait incapable de discernement.

Ce besoin d'organiser soi-même sa prise en charge future en cas d'incapacité de discernement existait déjà avant l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte en vigueur; faute de normes spécifiques, il fallait toutefois recourir aux institutions de droit des obligations que sont la représentation (art. 32 ss CO) et le mandat simple (art. 394 ss CO), qui étaient assorties de clauses dites de validité prolongée.

Il se pose la question importante (aussi pour la pratique) de savoir si les procurations et mandats censés durer au-delà de l'incapacité de discernement (art. 35 al. 1 et art. 405 al. 1 CO) sont (encore) valides ou s'ils ont perdu leur validité depuis l'institution juridique du mandat pour cause d'incapacité, et comment ils se situent par rapport au mandat pour cause d'incapacité. L'art. 397a CO, qui prévoit un devoir d'information du mandataire, joue aussi un rôle dans ce contexte.

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Die Rechtsinstitute bzw. Regelungen im Überblick
 - 2.1. Vorsorgeauftrag
 - 2.1.1. Form und Inhalt
 - 2.1.2. Überprüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde
 - 2.1.3. Verhältnis zwischen Vorsorgevollmacht und Vorsorgeauftrag
 - 2.2. Vollmacht und Auftrag
 - 2.2.1. Form und Inhalt
 - 2.2.2. Erlöschen von Vollmachten und Aufträgen
 - 2.2.3. Verhältnis zwischen Bevollmächtigung, Vollmacht und Auftrag
 - 2.3. Meldepflicht gemäss Art. 397a OR
3. Diskussion
 - 3.1. Überblick
 - 3.2. Erster Lösungsansatz
 - 3.2.1. Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden
 - 3.2.2. Vollmachten bzw. Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurden
 - 3.2.3. Übersicht des ersten Lösungsansatzes
 - 3.3. Zweiter Lösungsansatz: Einbezug der Weitergeltungsklausel
 - 3.3.1. Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden
 - 3.3.2. Übersicht des zweiten Lösungsansatzes
4. Stellungnahme
 - 4.1. Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden
 - 4.2. Vollmachten bzw. Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurden
 - 4.3. Fazit
5. Resümee

1. Ausgangslage

Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat sich in der Schweizer Bevölkerungsentwicklung eine stetig zunehmende Alterung abgezeichnet. Im Jahr 2012 waren fast 5% der Bevölkerung über 80 Jahre alt.¹ Aufgrund dieses Alterungsprozesses gibt es immer mehr betagte Personen, welche für ihre Belange nicht mehr ohne Hilfe auskommen können.²

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUD, Dr. iur., ord. Professorin an der Universität Bern.

MARTINA JAUSSE, Bachelor of Law (BLaw), Hilfsassistentin an der Universität Bern.

¹ Genau waren 390'943 von 8'036'917 Menschen, somit 4.86% über 80-jährig: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Medienmitteilung vom 25. April 2013, Provisorische Ergebnisse zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2012 – Bevölkerungswachstum setzt sich fort, Tabelle 3: Ständige Wohnbevölkerung nach Geschlecht und Alter, am Ende des Jahres, einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/01/new/nip_detail.html?gnpID=2013-173>, Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2012.

² Gemäss BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht), vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7011, Fn. 4, leiden 8% der über 65-Jährigen und 30% der über 85-Jährigen an der Alzheimer-Krankheit.

Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Erwachsenenschutzrecht (Art. 360 ff. ZGB) trägt den Bedürfnissen nach einer gewissen Selbstbestimmung Rechnung, unter anderem auch durch das *neu eingefügte Institut des Vorsorgeauftrags*.

Der Vorsorgeauftrag ermöglicht der auftraggebenden Person, ihr Selbstbestimmungsrecht über den Zeitpunkt eines allfälligen Verlusts der Urteilsfähigkeit dahingehend zu wahren, dass sie vorgängig eine Person ihrer Wahl damit beauftragen kann, im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit die Sorge für sie zu übernehmen. Der Vorsorgeauftrag ist ein privatrechtliches Instrument, welches den behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes grundsätzlich vorgeht.³

Das Bedürfnis nach Selbstbestimmung bestand schon vor Inkrafttreten des geltenden Erwachsenenschutzrechts. Um eine *allfällig notwendige, zukünftige Vorsorge* im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit selbständig zu gestalten, musste jedoch mangels spezifischer Regelungen auf die *obligationenrechtlichen Institute der Stellvertretung* (Art. 32 ff. OR) und des *einfachen Auftrags* (Art. 394 ff. OR) zurückgegriffen werden.⁴ Dazu diente insbesondere auch die Vereinbarung von sogenannten *Weitergeltungsklauseln*, wie z.B. diese:

«Dieser Vermögensverwaltungsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann von einer Vertragspartei jederzeit gekündigt oder widerrufen werden. Hingegen erlischt der Vermögensverwaltungsauftrag weder mit dem Tod noch dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Kunden.»⁵

Es stellt sich die Frage, *ob Vollmachten und Aufträge, welche über die Urteilsunfähigkeit hinaus gelten sollen*

oder einer anderen Form von Demenz (mit Hinweis auf Campus, Magazine de l'Université de Genève, no. 79 2006, 8).

³ CARMEN LADINA WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 48, 271 und auch Art. 366 ff. ZGB und Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Es handelt sich um ein (suspensiv bedingtes) auftragsähnliches Rechtsverhältnis, auf welches die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 394 ff. OR) sinngemäss anwendbar sind, sofern das ZGB keine abweichenden Regelungen enthält.

⁴ Mögliche «Ersatz- bzw. Hilfskonstruktionen» waren nach altem Recht auch ein (weiter) Heranzug von Art. 166 ZGB (Vertretung der ehelichen Gemeinschaft) oder die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).

⁵ Vertragshandbuch-JÜRIG RUEF, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne /Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. A., Basel 2010, Vermögensverwaltungsvertrag, 1707.

(Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR) (noch) zulässig oder durch das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags unzulässig geworden sind, bzw. in welchem Verhältnis sie zum Vorsorgeauftrag stehen. Dies soll im Folgenden näher untersucht werden (vgl. 3. und 4.). In einem ersten Schritt werden hierfür die Rechtsinstitute überblicksmässig dargestellt (vgl. 2.).

Praktisch bedeutsam ist die Thematik insbesondere für bevollmächtigte und beauftragte Anwältinnen, Notare, Treuhänder und Banken. Sie müssen sich mit der *Frage der Gültigkeit einer Vollmacht bzw. eines Auftrags über die Urteilsunfähigkeit eines Klienten hinaus* befassen und entscheiden, ob sie die Vertretung bzw. den Auftrag gestützt auf die Weitergeltungsklausel erfüllen dürfen, oder ob sie ihrem Klienten (im Vorfeld schon) zur Errichtung eines Vorsorgeauftrags raten müssen und sollen. Zudem haben sie die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR zu beachten. Dieser sieht vor, dass der Beauftragte im Fall der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers die zuständige Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigt, wenn dies zur Interessenwahrung angezeigt erscheint (vgl. 2.3.).

2. Die Rechtsinstitute bzw. Regelungen im Überblick

2.1. Vorsorgeauftrag

2.1.1. Form und Inhalt

Für die gültige Errichtung eines Vorsorgeauftrags ist das Erfüllen gewisser Formvorschriften und Anforderungen an die beteiligten Personen vorausgesetzt.

Ein Vorsorgeauftrag muss entweder *eigenhändig errichtet oder öffentlich beurkundet* werden (Art. 361 Abs. 1 ZGB). Damit lehnt sich das Gesetz an die Errichtungsformen des Testaments an (Art. 498 ff. ZGB). Das Erfordernis der Eigenhändigkeit ist erfüllt, wenn der gesamte Text, einschliesslich Datum und Unterschrift handschriftlich ist (Art. 361 Abs. 2 ZGB). Nicht gültig ist z.B. ein mittels Computer oder von einer Drittperson verfasster Vorsorgeauftrag. Die öffentliche Beurkundung erfolgt durch eine vom kantonalen Recht bestimmte Urkundsperson.⁶ Um sicherzustellen, dass die Erwachsenenschutz-

⁶ Ob wie beim öffentlichen Testament gemäss Art. 499 ff. ZGB der Beizug zweier Zeugen notwendig ist, oder ob Art. 360 Abs. 1 ZGB einen Verweis auf die Beurkundung nach kantonalem Recht (Art. 55 SchlT ZGB) darstellt, ist in der Lehre umstritten, vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUE/DAVID JAKOB, Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patien-

tenverfügungen, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, 65 ff., Bern 2012, 85 f. mit weiteren Literaturhinweisen.

Der Auftraggeber muss im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrags *handlungsfähig* – d.h. volljährig (Art. 14 ZGB) und urteilsfähig (Art. 16 ZGB) – sein.⁷ Eine Zustimmung der gesetzlichen Vertreter bewirkt keine Gültigkeit des Vorsorgeauftrags, d.h. urteilsfähige minderjährige bzw. unter umfassender Beistandschaft stehende Personen können auch mit Zustimmung ihrer Eltern bzw. ihres Beistands keinen Vorsorgeauftrag erteilen.⁸

Der Beauftragte kann eine *natürliche oder juristische handlungsfähige Person* sein.⁹ Möglich ist auch die Einsetzung mehrerer Personen, wobei diesfalls deren Verhältnis zueinander und die einzelnen Aufgaben und Kompetenzen geregelt sein sollten.¹⁰

Gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB kann der Vorsorgeauftrag die *Personensorge* (insbesondere die Hilfe bei alltäglichen Aufgaben), die *Vermögenssorge* (Vornahme der nötigen Handlungen zur Erhaltung des Vermögens) und die *Vertretung im Rechtsverkehr* kumulativ oder alternativ beinhalten.¹¹ Auch die Übertragung einzelner Aufgaben in den verschiedenen Bereichen ist denkbar.

⁷ Vgl. ausführlich BSK Erwachsenenschutz-ALEXANDRA RUMO-JUNGO, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012, Art. 360 ZGB, N 20 ff.

⁸ Nicht gesetzlich geregelt und umstritten ist, ob eine Person mit einer aufgrund Vertretungs- oder Mitwirkungsbeistandschaft beschränkten Handlungsfähigkeit gültig einen Vorsorgeauftrag errichten kann: Bejahend z.B. HRUBESCH-MILLAUE/JAKOB (FN 6), 86 f.; WIDMER-BLUM (FN 3) 273 f.; ablehnend z.B. HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 360 ZGB, N 7.

⁹ Sofern es sich nicht materiell um eine Patientenverfügung handelt: BOTSCHAFT (FN 2), 7025 f.

¹⁰ HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, N 2.11.

¹¹ Vgl. zum Ganzen z.B. KUKO-ERNST LANGENEGGER, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkommentar, Basel 2012, Art. 360 ZGB, N 23.

Beispiel für einen Vorsorgeauftrag:¹²

Bei Eintritt meiner Urteilsunfähigkeit soll mich folgende Person in den unten bezeichneten Angelegenheiten als Vorsorgebeauftragte vertreten:

Name, Vorname, Funktion, Adresse

Die Vorsorge umfasst die Personensorge *ohne* Vertretung bei medizinischen Massnahmen, die Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr, insbesondere:

- Sicherstellung eines geordneten Alltags und nach Möglichkeit Teilhabe am gesellschaftlichen Leben
- Wahrung meiner finanziellen Interessen, Verwaltung meines gesamten Vermögens, Verfügungen darüber und Treffen sämtlicher damit zusammenhängender Massnahmen (...)

2.1.2. Überprüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass bei der auftraggebenden Person die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist, erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt (Art. 363 Abs. 1 ZGB). Ist dies der Fall, hat sie das Dokument zu beschaffen und gemäss Art. 363 Abs. 2 ZGB zu *prüfen*, ob der Auftrag gültig errichtet worden ist (Ziff. 1),¹³ die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind (Ziff. 2)¹⁴, die beauftragte Person für die ihr übertragenen Aufgaben geeignet ist (Ziff. 3) und ob allenfalls weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (Ziff. 4).¹⁵

Weitere Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde sind die Auslegung und Ergänzung des Vorsorgeauftrags im Fall von Unklarheiten (Art. 364 ZGB) und das Ergreifen von Massnahmen während der Dauer des Vorsorgeauftrags, wenn die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind (Art. 368 Abs. 1 ZGB).¹⁶

¹² Das Beispiel basiert auf den Mustern von CURAVIVA, Schweiz, Erwachsenenschutzrecht, Informationen zum Vorsorgeauftrag und Musterdokument, Bern 2012, einsehbar unter <<http://upload.sitesystem.ch/131D5358A8/4BFEA0B204/A3E5CED00E.pdf>> 4 ff.

¹³ Insbesondere ist die Einhaltung der Formvorschriften zu prüfen, vgl. 2.1.1.

¹⁴ U.a. muss bei der betroffenen Person die Urteilsunfähigkeit eingetreten sein.

¹⁵ Die Erwachsenenschutzbehörde kann z.B. eine Beistandschaft errichten, wenn der Vorsorgeauftrag nicht zum Tragen kommt oder nur einen Teilbereich der Aufgaben erfasst, welche erledigt werden müssen: KUKO-LANGENEGGER (FN 11), Art. 363 ZGB, N 18.

¹⁶ Vgl. HRUBESCH-MILLAUE/JAKOB (FN 6), 92 ff.

2.1.3. Verhältnis zwischen Vorsorgevollmacht und Vorsorgeauftrag

Der Vorsorgeauftrag und die Bevollmächtigung sind grundsätzlich – gleich wie der einfache Auftrag und die Bevollmächtigung (vgl. 2.2.3.) – zwei voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte.¹⁷ Allerdings bildet die Vertretung im Rechtsverkehr den eigentlichen Kern eines jeden Vorsorgeauftrags, denn eine wirksame Wahrung der Interessen der auftraggebenden Person ist kaum ohne Vertretungsbefugnis denkbar. *Im Normalfall ist deshalb der Vorsorgeauftrag das umfassende Grundverhältnis, welches eine Bevollmächtigung enthält und sich nach aussen in einer Vollmacht äussert.*¹⁸ Enthält der Vorsorgeauftrag keine Angaben zur Vertretung im Rechtsverkehr, umfasst er (wie der einfache Auftrag nach Art. 396 Abs. 2 OR) grundsätzlich die zur Ausführung des Vorsorgeauftrags notwendige Ermächtigung zur Vornahme von Rechtshandlungen.¹⁹

2.2 Vollmacht und Auftrag

2.2.1. Form und Inhalt

Mit einer *Vollmacht* ermächtigt der Vollmachtgeber seinen gewillkürten Vertreter rechtsgeschäftlich zur Vornahme von Handlungen, deren Rechtswirkungen beim Vollmachtgeber eintreten.²⁰ Die Vollmacht ist damit die *Vertretungsmacht des Vertreters*. Gegenstand und Umfang der Ermächtigung richten sich nach dem Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem.²¹

Die Bevollmächtigung kommt grundsätzlich *formfrei* zustande.²² Der Vertretene muss *handlungsfähig* (d.h. volljährig gemäss Art. 14 ZGB und urteilsfähig gemäss Art. 16 ZGB) sein.²³ Anders als beim Vorsorgeauftrag (vgl. 2.1.1.), kann eine urteilsfähige minderjährige bzw.

unter umfassender Beistandschaft stehende Person mit Zustimmung ihrer Eltern bzw. ihres Beistands gültig eine Bevollmächtigung erteilen (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Ob der Vertreter ebenfalls *handlungsfähig* sein muss, oder ob Urteilsfähigkeit ausreicht, ist in der Lehre umstritten.²⁴

Beispiel für eine Verwaltungsvollmacht:

«Hiermit bevollmächtigt der Vollmachtgeber den oder die nachstehend erwähnten Bevollmächtigten gegenüber der [Name der Bank], an seiner Stelle das oben erwähnte Konto und/oder Depot zu verwalten, und zwar nach Massgabe der folgenden Bestimmungen.

Der Bevollmächtigte ist befugt, im Namen des Kunden Vermögensanlagen jeglicher Art zu tätigen und bestehende Anlagen aufzulösen bzw. zu ersetzen (...).²⁵

Der *Auftrag* ist ein *zweiseitiges Rechtsgeschäft*, bei dem sich die beauftragte Person verpflichtet, die ihr übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Gegenstand eines Auftrags ist hauptsächlich ein positives Tun, welches in der Vornahme von Tat- oder Rechtshandlungen besteht.²⁶

Ein Auftrag kann grundsätzlich *formfrei* begründet werden.²⁷ Der Auftraggeber muss *handlungsfähig* sein, urteilsfähige minderjährige bzw. unter umfassender Beistandschaft stehende Personen bedürfen der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter.²⁸ Die beauftragte Person muss ebenfalls *handlungsfähig* sein.²⁹

Beispiel für einen Auftrag:

«Der Auftraggeber beauftragt den Beauftragten zur Führung der Buchhaltung (...), sowie der Debitorenverwaltung inklusive Inkasso, namentlich: (...).³⁰

¹⁷ WIDMER BLUM (FN 3), 298; BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 360 ZGB, N 18 f.

¹⁸ BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 360 ZGB, N 18 f.

¹⁹ BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 365 ZGB, N 8; vgl. dazu auch SANDRA HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda – Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda, ZKE 2011, 102, 110.

²⁰ Die Ausführungen beziehen sich auf die direkte Stellvertretung. Zur indirekten Stellvertretung vgl. BSK OR I-ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, Art. 32 OR, N 29 ff.

²¹ Vgl. zum Ganzen z.B. BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 32 OR, N 12 ff.

²² Vgl. BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 33 OR, N 14.

²³ BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 32 OR, N 21.

²⁴ Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen vgl. BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 32 OR, N 21.

²⁵ Vertragshandbuch-RUF (FN 5), Verwaltungsvollmacht, 1735.

²⁶ Ausführlich BSK OR I-ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, Art. 394 OR, N 6 ff.

²⁷ BSK OR I-WEBER (FN 26), Art. 395 OR, N 9 ff.

²⁸ Ausser es handelt sich um Aufträge zur Wahrung höchstpersönlicher Rechte (Art. 19c Abs. 1 ZGB).

²⁹ BSK OR I-WEBER (FN 26), Art. 395 OR, N 17.

³⁰ Vertragshandbuch-MARCEL BUTTLIGER, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabrina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. A., Basel 2010, Auftrag (Buchhaltung/Debitorenverwaltung/Personaladministration), 1743.

2.2.2. Erlöschen von Vollmachten und Aufträgen

Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts wurden auch Bestimmungen ausserhalb des Erwachsenenschutzrechts angepasst und verändert, so u.a. Art. 35 und 405 OR, welche das Erlöschen der Vollmacht und des Auftrags regeln.

	Alte Fassung	Geltende Fassung (in Kraft seit 1. Januar 2013)
Art. 35 Abs. 1 OR³¹	Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verluste der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten	Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ³² ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.
Art. 405 Abs. 1 OR³³	Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts gefolgert werden muss, durch den Tod, durch eintretende Handlungsunfähigkeit und durch Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten.	Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder des Beauftragten.

a) Erlöschen von Vollmachten gemäss Art. 35 Abs. 1 OR

Nach altem Recht hatte der Verlust der Handlungsfähigkeit grundsätzlich – sofern nicht das Gegenteil vereinbart war oder aus der Natur des Geschäfts gefolgert werden musste – das Erlöschen der Vollmacht zur Folge. Der

³¹ Hervorhebungen hinzugefügt.

³² Der Begriff «vereinbart» wurde durch «bestimmt» ersetzt, weil die neuere Doktrin die Vollmacht nicht mehr als Bestandteil des Auftrags, sondern die beiden Institute voneinander getrennt betrachtet, vgl. BOTSCHAFT (FN 2), 7112; vgl. dazu auch die Ausführungen in 2.2.3.

³³ Hervorhebungen hinzugefügt.

heute geltende *Gesetzeswortlaut* stellt ausschliesslich auf den Verlust der «entsprechenden» Handlungsfähigkeit ab: «Darunter fällt neben der umfassenden Beistandschaft (Art. 398) eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394), die gerade jenen Bereich abdeckt, der im konkreten Fall Gegenstand der Vollmacht bildet». ³⁴ Dabei reicht der Eintritt der entsprechenden Handlungsunfähigkeit; es bedarf nicht etwa einer behördlichen Massnahme, damit die Vollmacht erlischt. Kommt es jedoch zur Anordnung einer umfassenden Beistandschaft oder einer Vertretungsbeistandschaft, so hat dies zwingend das Erlöschen der Vollmacht zur Folge.³⁵

Ob Art. 35 Abs. 1 OR eine *Weitergeltung obligationenrechtlicher Vorsorgevollmachten* ermöglicht, wenn Handlungsunfähigkeit eintritt (so wie das der Gesetzeswortlaut vorgibt), ist aber noch genauer mittels Auslegung zu ermitteln (vgl. 4.2.).

b) Erlöschen von Aufträgen gemäss Art. 405 Abs. 1 OR

Der Auftrag erlischt nach geltendem Recht – unter Vorbehalt einer anderslautenden Vereinbarung – nicht mehr durch «eintretende Handlungsunfähigkeit», sondern «mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit». Art. 405 Abs. 1 OR ist als Gegenstück zu Art. 35 Abs. 1 OR zu verstehen und wurde daher an den neuen Wortlaut angepasst.³⁶

2.2.3. Verhältnis zwischen Bevollmächtigung, Vollmacht und Auftrag

Die Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung eines gewillkürten Vertreters, somit dessen *Vertretungsmacht*. Begrifflich von ihr zu unterscheiden ist die *Bevollmächtigung* oder Vollmachterteilung, welche den *Rechtsgrund einer Vollmacht* bildet:

³⁴ BOTSCHAFT (FN 2), 7112.

³⁵ BSK Erwachsenenschutz-RUTH REUSSER, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012, Art. 374 ZGB, N 48.

³⁶ BOTSCHAFT (FN 2), 7113; CHK OR BT II-CAROLE L. GEHRER/GION GIGER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, 2. A., Zürich 2012, Art. 405 OR, N 1a; BSK Erwachsenenschutz-REUSSER (FN 35), Art. 374 ZGB, N 48; WIDMER BLUM (FN 3), 35.

Die Bevollmächtigung ist die Willenserklärung des Vertretenden, sich vom Vertreter gegenüber Dritten vertreten zu lassen³⁷ und stellt ein einseitiges, nicht annahmbedürftiges Rechtsgeschäft dar, welches grundsätzlich formfrei möglich ist. Die Vollmacht ist das *Ergebnis, die Rechtsfolge* der Bevollmächtigung.³⁸

Während die Bevollmächtigung von der älteren Doktrin als Vertragstatbestand des Auftragsrechts verstanden wurde,³⁹ werden die beiden Rechtsinstitute heute von der Lehre⁴⁰ (und auch vom Gesetz, vgl. Art. 32 ff. und 394 ff. OR) getrennt betrachtet: «Es gibt mithin Vollmachten ohne Auftrag und Aufträge ohne Vollmachten»^{41, 42} Die Vollmacht wird einseitig erteilt und betrifft in erster Linie das Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten (Aussenverhältnis). Der zweiseitige Auftrag berührt demgegenüber primär das Innenverhältnis zwischen den Parteien.⁴³

Trotz Unterschiede zwischen Bevollmächtigung bzw. Vollmacht und Auftrag werden sie durch Art. 396 Abs. 2 OR dahingehend verknüpft, dass beim Auftrag eine Be-

vollmächtigung in dem Umfang *vermutet* wird, als sie zu dessen Ausführung erforderlich ist.⁴⁴

2.3. Meldepflicht gemäss Art. 397a OR

Mit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts wurde dem Beauftragten eine Meldepflicht auferlegt: «Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.»⁴⁵

Vorausgesetzt ist, dass die *Urteilsunfähigkeit* zum Zeitpunkt der Meldung bereits eingetreten ist und sich auf den Bereich des konkreten Leistungsauftrags bezieht.⁴⁶ Der auftraggebenden Person muss die Fähigkeit mangeln, Inhalt und Tragweite des Auftrags zu erkennen und alle notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen. Darunter fallen beispielsweise das Erteilen von Weisungen und die Überwachung, die Fortführung oder die Beendigung des Auftragsverhältnisses.⁴⁷

Dauernd ist die Urteilsunfähigkeit dann, wenn das Gehirn in nicht wiederherstellbarer Weise geschädigt ist. Eine bloss vorübergehende Urteilsunfähigkeit liegt demgegenüber vor, wenn die Ursache der Unfähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, sich von selbst wieder abbaut oder zumindest behandelbar ist.⁴⁸ *Voraussichtlich dauernd* ist die Urteilsunfähigkeit, wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Auftraggeber je wieder urteilsfähig wird.⁴⁹

⁴⁴ Vgl. zu dieser Vermutung z.B. BK-FELLMANN (FN 39), Art. 396 OR, N 42 ff.; CHK OR AT-KUT (FN 40), Art. 33 OR, N 10; OFK OR-SCHÖBI (FN 40), Art. 33 OR, N 12, welcher den Begriff der «Akzessorietät» verwendet.

⁴⁵ Art. 397a OR.

⁴⁶ DAVID W. FREI/NICOLE HOLDEREGGER, Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht, Erste Erfahrungen aus der Praxis zum Vorsorgeauftrag und Überlegungen zu Art. 397a OR im Lichte des Berufsgeheimnisses der Rechtsanwälte, AJP/PJA 8/2013, 1224 ff., 1229.

⁴⁷ FREI/HOLDEREGGER (FN 46), 1229; vgl. auch SUSAN EMMENEGGER, Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR), in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2013: Das Bankkonto, Policy – Inhaltsskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, 111 ff., 143.

⁴⁸ WALTER FELLMANN, in: Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR, Anwaltsrevue 2013, 354 ff., 355.

⁴⁹ Ob dabei ein objektiver Massstab oder bloss die subjektive Einschätzung des Beauftragten massgebend ist, sagt das Gesetz nicht. Es kann dabei aber nur auf die Sicht des Beauftragten ankommen; insbesondere kann dieser nicht verpflichtet werden, ein medizinisches Gutachten über den Zustand des Auftraggebers einzuholen, vgl. EMMENEGGER (FN 47), 146 f.; FREI/HOLDEREGGER (FN 46), 1229.

Schliesslich muss die *Meldung zur Interessenwahrung angezeigt* sein. Auch dieses Erfordernis wird vom Gesetz nicht weiter konkretisiert. Fraglich ist insbesondere, ob Art. 397a OR eine konkrete Gefährdung verlangt, welche erst dann eintritt, wenn der Auftrag nicht mehr im Interesse des Auftraggebers ausgeführt werden kann, oder ob eine abstrakte Gefährdung ausreicht. Letztere liegt bereits vor, wenn der Auftraggeber nicht mehr in der Lage ist, dem Beauftragten Weisungen zu erteilen und ihn zu überwachen. Die abstrakte Gefährdung ist wohl immer gegeben, wenn der Auftraggeber in Bezug auf das konkrete Auftragsverhältnis dauerhaft urteilsunfähig ist.⁵⁰

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (zum alten Vormundschaftsrecht), gemäss welcher vormundschaftsrechtliche (bzw. neu wohl auch erwachsenenschutzrechtliche) Massnahmen nur dann entbehrlich sind, «wenn der hilfsbedürftige Vollmachtgeber jederzeit in der Lage ist, die von ihm eingesetzten Personen wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen und nötigenfalls auch zu ersetzen.»⁵¹ Zwar kann diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf das geltende Erwachsenenschutzrecht übertragen werden, denn beim Institut des Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. ZGB) ist ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 368 ZGB) nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der Vorsorgeauftraggeber den Beauftragten nicht mehr kontrollieren kann; vielmehr stellt der Verlust der Kontrollmacht beim Vorsorgeauftrag den Normalfall dar.⁵² Sie kann und sollte jedoch in einer ge-

wissen Weise für obligationenrechtliche Vollmachten und Aufträge gelten (vgl. auch 5.), bei welchen der Vollmacht-/Auftraggeber nicht denselben Schutz erfährt wie beim Institut des Vorsorgeauftrags (vgl. insb. die Formvorschriften [2.1.1.] und die Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde [2.1.2.]). Eine abstrakte Gefährdungssituation reicht u.E. (auch im Lichte der erwähnten Rechtsprechung) für eine zu erfüllende Meldepflicht aus; die Meldepflicht gemäss Art. 397a OR wird so durch das Erfordernis der Interessenwahrung nicht in massgeblicher Weise eingeschränkt.

3. Diskussion

3.1. Überblick

Mit einer Vollmacht bzw. einem Auftrag mit Weitergelungsklausel (wenn heute [noch] zulässig, was im Folgenden näher untersucht wird [vgl. 3.2. f. und 4.2.]) kann im *Ergebnis* dasselbe Ziel erreicht werden, wie mit einem Vorsorgeauftrag: die selbständige Gestaltung der eigenen Vorsorge bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit.

Der Vorsorgeauftrag hat jedoch *hohen formellen Anforderungen* zu genügen und kann nur von einer volljährigen, urteilsfähigen Person erteilt werden. Zudem bedarf er für seine Gültigkeit einer *Überprüfung* durch die Erwachsenenschutzbehörde. Die *Vollmacht* bzw. der *Auftrag* kommt demgegenüber *formfrei* zustande, urteilsfähige minderjährige bzw. unter umfassender Beistandschaft stehende Personen können mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters gültig eine Bevollmächtigung oder einen Auftrag errichten. Die Erwachsenenschutzbehörde hat grundsätzlich *keine Kenntnis* von Vollmachten und Aufträgen und wird nur im Rahmen von Art. 397a OR miteinbezogen.

Es stellt sich die (entscheidende) Frage, *ob das Institut des Vorsorgeauftrags lex specialis zum einfachen Auftrag bzw. zur Vollmacht (insb. zur Weitergelungsklausel gemäss Art. 35/405 OR) ist, oder ob und gegebenenfalls in welchen Fällen eine Koexistenz möglich ist*. Insbesondere zu untersuchen ist, ob jeder Auftrag betreffend Personen- und/oder Vermögenssorge für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit und jede sich darauf beziehende Vollmacht in der Form eines Vorsorgeauftrags ergehen muss.

In der Lehre finden sich verschiedene Auffassungen zur Möglichkeit der Errichtung obligationenrechtlicher Vollmachten und Aufträge, welche über den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit hinaus gelten sollen. Im Wesentlichen gibt es aber zwei ausführliche Lösungsansätze, wobei beide nach dem Kriterium differenzieren, ob die Vollmacht

³⁷ Vgl. z.B. BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 33 OR, N 4; a.M. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. A., Zürich 1988, OR AT, § 33, 601.

³⁸ Vgl. zum Ganzen PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER in: Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich 2008, N 1343 ff.

³⁹ Vgl. BK-WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 396 OR, N 14 mit Hinweisen auf die entsprechenden Lehrmeinungen.

⁴⁰ Z.B. BK-FELLMANN (FN 39), Art. 396 OR, N 42 ff.; CHK OR AT-AHMET KUT, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 2012, Art. 33 OR, N 10; OFK OR-CHRISTIAN SCHÖBI, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2009, Art. 33 OR, N 12; BSK OR I-WEBER (FN 26), Art. 396 OR, N 6 f.

⁴¹ BK-FELLMANN (FN 39), Art. 396 OR, N 43.

⁴² Vgl. ausführlich BK-FELLMANN (FN 39), Art. 396 OR, N 46; BSK OR I-WEBER (FN 26), Art. 396 OR, N 6.

⁴³ Der Auftrag ist ein kausales Rechtsgeschäft, die Bevollmächtigung hingegen ein abstraktes: In der Regel besteht zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter ein Schuldverhältnis (in der Praxis meistens ein Auftrag oder Arbeitsvertrag), welches der Bevollmächtigung zugrunde liegt. Dieses Grundverhältnis ist von der Bevollmächtigung unabhängig und abstrakt zu betrachten; eine allfällige Ungültigkeit hat keine Auswirkungen auf die Gültigkeit der Vollmacht, vgl. z.B. BK-FELLMANN (FN 39), Art. 396 OR, N 42 ff.; CHK OR AT-KUT (FN 40), Art. 33 OR, N 10; OFK OR-SCHÖBI (FN 40), Art. 33 OR, N 12; BSK OR I-WEBER (FN 26), Art. 396 OR, N 6 f.

⁵⁰ Vgl. FREI/HOLDEREGGER (FN 46), 1230; EMMENEGGER (FN 47), 152 ff.; CLAUDIA ZUMSTEIN-SCHULER/BRIGITTE MEYER, Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker, Anwaltspraxis 6-7/2012, 287 ff., 289; MICHEL HOPF, Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag, ST 3/13, 145 ff., 146; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, L'impact sur les banques du nouveau droit de la protection de l'adulte, RSDA 2014, 185 ff., 187; JÖRG SCHMID, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassenteilung – Planification et partage successoraux, Zürich 2014, 259–300, 275. Eine Meldung ist zur Interessenwahrung wohl dann nicht erforderlich, wenn der Auftraggeber selbst ausreichende Anordnungen für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit getroffen hat (z.B. durch Vorsorgeauftrag oder Patientenverfügung), vgl. FELLMANN (FN 48), 355 f.

⁵¹ BGE 134 III 385, E. 4.2; bestätigt in BGE 5A_588/2008, E. 3.3.2 und BGE 5A_157/2009, E. 4.2. Vgl. zu diesem Entscheid SANDRA HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden, Kritische Bemerkungen zu BGE 134 III 385, Jusletter 14. Februar 2011, 1 ff.; CHRISTELLE HAAS-LEIMACHER/PETER BREITSCHMID, Conflits d'intérêts en matière de protection de l'adulte, FamPra.ch 2012, 889 ff., 898 ff.; PETER BREITSCHMID/ISABELLE MATT, Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.), Pflegerecht 2013, 223 ff., 223 ff.

⁵² HOTZ (FN 19), 113 f.

bzw. der Auftrag vor oder nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurde. Der eine Lösungsansatz unterscheidet dann nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit (vgl. 3.2.), während der andere die Weitergeltungsklausel von Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR in die Beurteilung miteinbezieht (vgl. 3.3.).

3.2. Erster Lösungsansatz⁵³

3.2.1. Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden

a) Bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit vor dem 1. Januar 2013

Ist die Urteilsunfähigkeit des Vollmacht- oder Auftraggebers vor dem 1. Januar 2013 eingetreten und sollte die Vollmacht bzw. der Auftrag auch nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Vollmacht-/Auftraggeberin weiter bestehen (oder erst in diesem Zeitpunkt wirksam werden), gelte er – so die Meinung – nach Massgabe des alten Rechts (und nach Art. 35 bzw. 405 OR) weiter. Vorbehalten bleibe Art. 397a OR (vgl. 2.3.) im Auftragsrecht, gemäss welchem die Erwachsenenschutzbehörde die Eignung der beauftragten Person überprüfen kann (sofern der Beauftragte seine Informationspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen erfüllt).

b) Bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit nach dem 1. Januar 2013

Vollmachten und Aufträge, welche *erst bei Urteilsunfähigkeit wirksam werden sollen* und bei denen die Urteilsunfähigkeit nach dem 1. Januar 2013 eintritt, seien ungültig, sofern nicht die Voraussetzungen eines Vorsorgeauftrags erfüllt sind (vgl. 2.1.1.). Wird die vollmacht- oder auftraggebende Person in einer solchen Konstellation urteilsunfähig, könne die eingesetzte Person aber möglicherweise von der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand ernannt werden (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB).

Nicht ausdrücklich thematisiert werden *die mit einer Weitergeltungsklausel versehenen Vollmachten und Aufträge*, welche bereits vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit Wirksamkeit erlangten (z.B. weil der Bevollmächtigte bzw. Beauftragte bereits vorher die Personensorge wahrgenommen hat) und bei denen die Urteilsunfähigkeit erst nach dem 1. Januar 2013 eintritt.

Vor dem 1. Januar 2013 begründete Vollmachten- und Auftragsverhältnisse, welche die formellen und materiellen Voraussetzungen des Vorsorgeauftrags bereits einhalten, seien – so die Meinung – ab Inkrafttreten des geltenden Rechts als Vorsorgeaufträge zu behandeln.

3.2.2. Vollmachten bzw. Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurden

Solange der Vollmacht- bzw. Auftraggeber noch urteilsfähig ist, gelte – so dieser Lösungsansatz weiter – das Stellvertretungs- bzw. Auftragsrecht nach Art. 32 ff. und 394 ff. OR, und zwar bis der Vollmacht- respektive Auftraggeber vollständig und dauerhaft urteilsunfähig wird.

Nach Eintritt der vollen und dauernden Urteilsunfähigkeit des Vollmacht-/Auftraggebers, unterstehe das konkrete Vollmacht-/Auftragsverhältnis den Regeln des geltenden Rechts, da Art. 360 ff. ZGB Art. 32 ff. und 394 ff. OR vorgehe; «das rechtsgültige Handeln für die Auftraggeberin [ist] nur noch unter den Voraussetzungen des Vorsorgeauftrags möglich».⁵⁴ Für eine Anwendung der Regeln des OR (inklusive der Weitergeltungsklauseln gemäss Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR) bleibe nach dem 1. Januar 2013 kein Raum mehr, weil die Regeln von Art. 360 ff. ZGB als *leges speciales* voringen. So müssten Vollmachten und Aufträge mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit erlöschen, selbst bei Vereinbarung der Parteien, dass diese nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiter gelten sollen, sofern sie nicht die Voraussetzungen von Art. 360 ff. ZGB erfüllen. Die Weitergeltungsklausel von Art. 35 Abs. 1/405 Abs. 1 OR solle nur solange beachtlich sein, wie die Urteilsunfähigkeit noch nicht eingetreten oder sie nur vorübergehend ist.

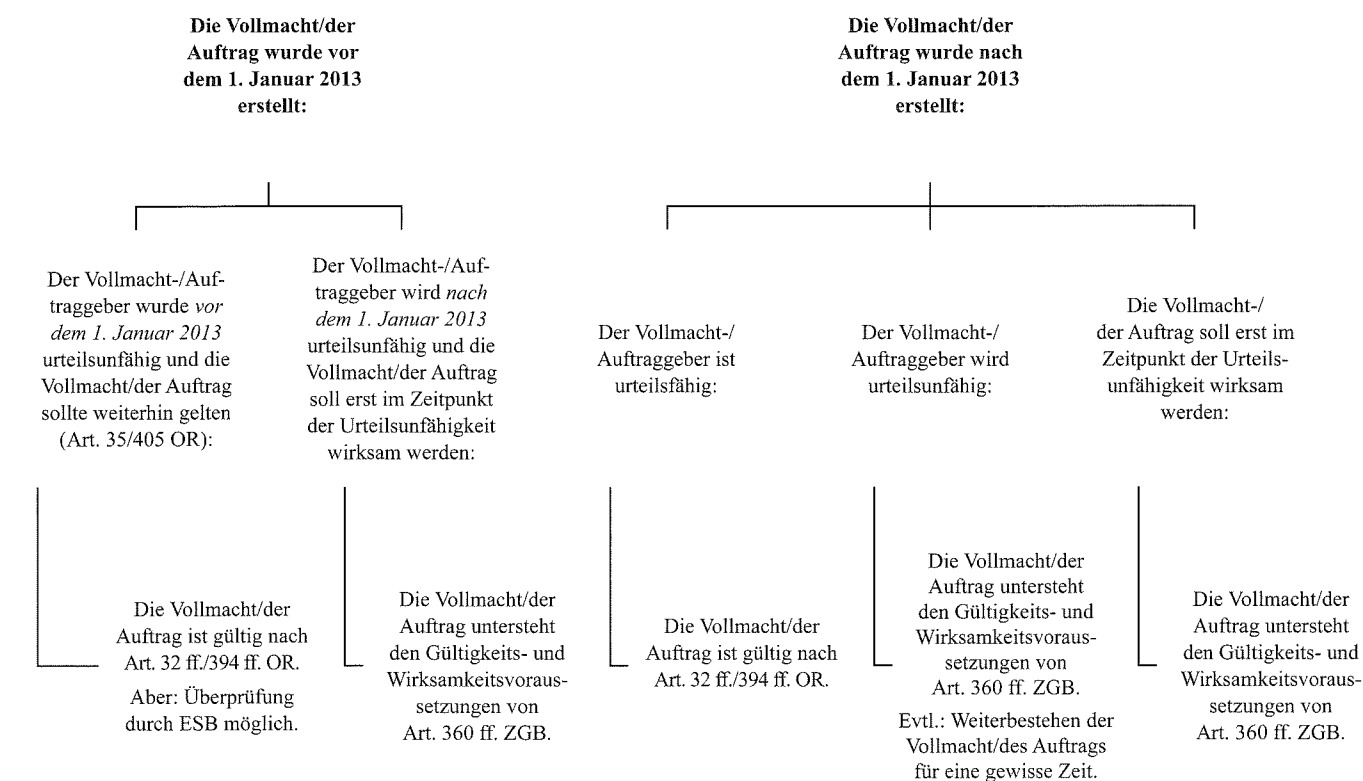
Teilweise wird innerhalb dieses Lösungsansatzes auch die Meinung vertreten, dass wenn kein Vorsorgeauftrag besteht, «der gewöhnliche Auftrag mit Weitergeltungsklausel für eine gewisse Zeit, nicht aber auf Dauer, die Anordnung einer Beistandschaft verhindern»⁵⁵ könne.

⁵⁴ BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 360 ZGB, N 12.

⁵⁵ ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Private Schutzmassnahme – der Vorsorgeauftrag, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2013: Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, 217 ff., 242.

⁵³ Vgl. dazu insb. PHILIPPE MEIER/SUZANA LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Zürich 2011, N 195; BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 360 ZGB, N 12 f.; WIDMER BLUM (FN 3), 124 f.

3.2.3. Übersicht des ersten Lösungsansatzes



3.3. Zweiter Lösungsansatz: Einbezug der Weitergeltungsklausel⁵⁶

3.3.1 Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden

Der zweite Lösungsansatz bejaht für Aufträge bzw. Vollmachten, welche vor dem 1. Januar 2013 errichtet wurden, die Gültigkeit nach Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts unabhängig davon, ob die vollmacht- respektive auftraggebende Person in diesem Zeitpunkt noch urteilsfähig ist oder nicht. Dies wird mit dem Grundsatz der Nichtrückwirkung nach Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB begründet. Zudem sei irrelevant, ob vereinbart worden ist,

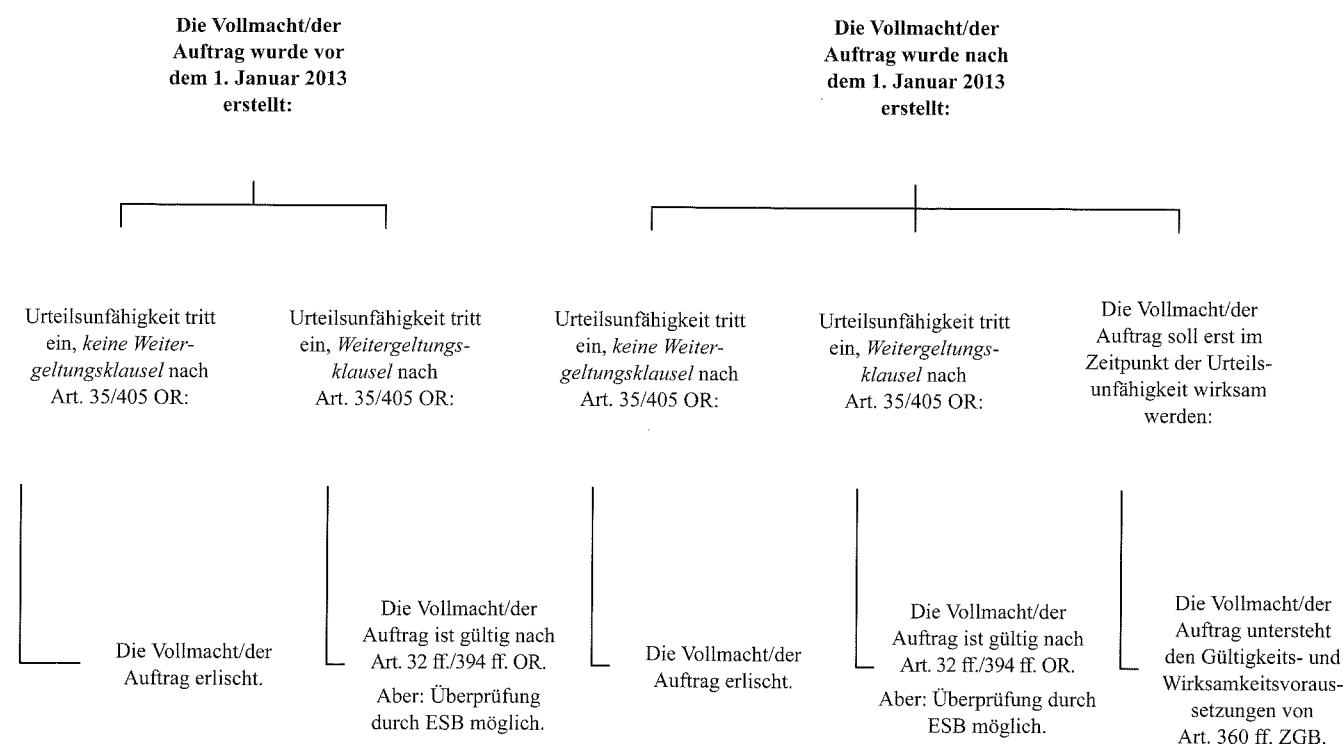
dass die Vollmacht bzw. der Auftrag erst im Falle der Urteilsunfähigkeit der Vollmacht-/Auftraggeberin wirksam werden soll oder nicht; nicht zuletzt mit der Neuformulierung von Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR sei deren dispositiver Charakter explizit bestätigt und eine grundsätzliche Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen müsse möglich sein. Allerdings habe die Erwachsenenschutzbehörde die Möglichkeit, eine Überprüfung vorzunehmen, sobald sie von der Urteilsunfähigkeit einer vollmacht- oder auftraggebenden Person Kenntnis erlangt.

Vor dem 1. Januar 2013 begründete Vollmacht- und Auftragsverhältnisse, welche die formellen und materiellen Voraussetzungen des Vorsorgeauftrags bereits einhalten, sollen auch gemäss diesem Lösungsansatz seit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts gelten.

Weiter soll es – so die Ansicht – möglich sein, auch nach Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts obligationenrechtlich begründete Vollmachten und Aufträge zur Personen- und Vermögenssorge zu errichten. Soweit sie mit einer Weitergeltungsklausel versehen sind, blieben sie selbst bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit gültig. Der

⁵⁶ KuKo-LANGENEGGER (FN 11), Art. 360 ZGB, N 6 ff.; SCHMID (FN 50), 293 ff.; BREITSCHMID/MATT (FN 51), 226 f.; HOPF (FN 50), 146; zumindest betr. Vollmachten/Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden (vgl. 3.3.1.) auch PATRICK FASSBIND, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, 169; einschränkend und nur betreffend Vollmachten/Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurden (vgl. 3.3.1.) HOTZ (FN 19), 111.

3.3.2. Übersicht des zweiten Lösungsansatzes



Erwachsenenschutzbehörde komme aber eine Überprüfungsbefugnis zu.

Nicht möglich sei nach dem 1. Januar 2013 die Begründung obligationenrechtlicher Vollmachten und Aufträge, welche erst auf den Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Urteilsunfähigkeit der vollmacht- bzw. auftraggebenden Person wirksam werden sollen. Art. 360 ff. ZGB seien insofern *leges speciales* zu den obligationenrechtlichen Vorschriften.

4. Stellungnahme

4.1. Vollmachten bzw. Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 erstellt wurden

In der Lehre wohl unbestritten ist, dass vor dem 1. Januar 2013 errichtete Vollmachten und Aufträge mit Weitergeltungsklausel, bei welchen die Urteilsunfähigkeit auch vor dem 1. Januar 2013 eingetreten ist, nach altem Recht weitergelten sollen. Der Klärung beziehungsweise einer Überprüfung bedarf jedoch die Frage, ob das alte Recht

auch auf vor dem 1. Januar 2013 errichtete Vollmachten und Aufträge mit Weitergeltungsklausel Anwendung findet, bei welchen der Vollmacht-/Auftraggeber nach Inkrafttreten des neuen Rechts urteilsunfähig geworden ist, oder ob diese bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit durch behördliche Massnahmen ersetzt werden müssen (sofern nicht die Voraussetzungen des Vorsorgeauftrags erfüllt sind, vgl. insb. 2.1.1.).

Diese Frage muss nach übergangsrechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden. Nach Art. 1 SchlT ZGB gilt grundsätzlich die Regel der Nichtrückwirkung, d.h. das neue Recht soll prinzipiell nur auf die nach seinem Inkrafttreten entstandenen Sachverhalte Anwendung finden. Dieser Grundsatz wurde auch in Art. 14 Abs. 1 SchlT ZGB für das Erwachsenenschutzrecht ausdrücklich festgehalten.⁵⁷ Vorbehalten sind jedoch die gesetzlichen Ausnahmen.

⁵⁷ «Für den Erwachsenenschutz gilt das neue Recht, sobald die Änderung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten ist.» Art. 14 Abs. 1 SchlT ZGB gilt in umfassender Weise, obwohl sich der Randtitel nur auf bestehende Massnahmen bezieht, vgl. BSK Erwachsenen-

Diese Ausnahmen finden sich in Art. 2–4 SchlT ZGB.⁵⁸ Eine Rückwirkung findet statt, wenn die Bestimmungen um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt wurden (Art. 2 SchlT ZGB), wenn der Inhalt der Rechtsverhältnisse durch das Gesetz selbst umschrieben wird (Art. 3 SchlT ZGB) oder wenn es sich um nicht erworbene Rechte handelt (Art. 4 SchlT ZGB). Im Zusammenhang mit Art. 360 ff. ZGB könnte nur Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB einschlägig sein.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB massgebend, ob ein öffentliches Interesse am rückwirkenden Inkrafttreten der neuen Ordnung besteht, welches den Vertrauensschutz überwiegt.⁵⁹ Ziel der Revision des Vormundschaftsrechts war es, «das Erwachsenenschutzrecht für die Gegenwart und Zukunft anders, bzw. besser zu regeln.»⁶⁰ Das Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden und sein Schutz sollten gestärkt und verbessert werden. Die altrechtlichen Vorsorgemassnahmen waren jedoch nicht unhaltbar: Mit der Errichtung eines einfachen Auftrags bzw. einer Vollmacht konnten inhaltlich ähnliche Ergebnisse erzielt werden.⁶¹ Von einem überwiegenden öffentlichen Interesse am rückwirkenden Inkrafttreten der geltenden Ordnung kann deshalb nicht ausgegangen werden. Eine Rückwirkung ist zu verneinen.⁶²

Die Nichtrückwirkung bedeutet, dass auf altrechtliche Tatsachen und Handlungen die Bestimmungen Anwendung finden, welche zur Zeit des Eintritts der Tatsache

bzw. der Vornahme der Handlung gegolten haben (Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB).⁶³ Der Eintritt der Urteilsunfähigkeit einer Person ist als natürliches Ereignis eine Tatsache, der Abschluss eines Rechtsgeschäfts (wie die Begründung eines Auftragsverhältnisses oder eine Bevollmächtigung) ist eine Handlung.⁶⁴ Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB gibt somit keine klare Antwort, ob der Zeitpunkt des Abschlusses oder des Eintritts der Wirkungen des Rechtsgeschäfts für die Beurteilung des anwendbaren Rechts massgebend ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist u.E. allerdings auf den Abschluss des Rechtsgeschäfts abzustellen: Hat jemand vor Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts obligationenrechtliche Anordnungen für die eigene Vorsorge getroffen, muss er sich darauf verlassen können, dass diese auch für den Fall einer Gesetzesrevision Bestand haben.

Somit sind u.E. alle Vollmachten und Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 errichtet wurden, weiterhin nach obligationenrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Ob die Parteien eine Weitergeltung im Fall der Urteilsunfähigkeit gemäss Art. 35 Abs. 1/405 Abs. 1 OR vereinbart haben, oder ob die Vollmacht bzw. der Auftrag erst im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden sollen, ist irrelevant. Ebenfalls keine Rolle spielt u.E., ob die Urteilsunfähigkeit vor dem 1. Januar 2013 eingetreten ist oder nicht.

4.2. Vollmachten bzw. Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 erstellt wurden

4.2.1. Überblick

Es ist unbestritten, dass Vollmachten und Aufträge, welche erst im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit des Vollmacht- bzw. Auftraggebers wirksam werden sollen, seit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts nicht mehr möglich und unzulässig sind (vgl. 3.2.2. und 3.3.2.). Dieser Sachverhalt wird von Art. 360 ff. ZGB abschliessend geregelt.

schutz-REUSSER (FN 35), Art. 14 SchlT ZGB, N 11; a.M. MEIER/LUKIC (FN 53), N 195.

⁵⁸ Und auch in Art. 14 Abs. 2–4 SchlT ZGB, welche sich jedoch nicht auf den Vorsorgeauftrag beziehen.

⁵⁹ BGE 117 II 452, E. 3a; ein solches Interesse ist dann gegeben, wenn eine Norm «zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, wenn sie mit anderen Worten grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert [...]», vgl. BGE 100 II 105, E. 2. Zudem sollen die rechtspolitischen Motive der Gesetzesrevision Berücksichtigung finden (BGE 138 III 659, E. 3.3.). Eine Rolle spielt auch die Qualifikation einer Norm als zwingendes Recht, weil in einem solchen Fall das öffentliche Interesse an der Rückwirkung den Vertrauensschutz in aller Regel überwiegt, vgl. BGE 117 II 452, E. 3a.

⁶⁰ BSK Erwachsenenschutz-REUSSER (FN 35), Art. 14 SchlT ZGB, N 11.

⁶¹ KuKo-LANGENEGGER (FN 11), Art. 360 ZGB, N 5.

⁶² Die Lehre geht einheitlich von der Nichtrückwirkung des Erwachsenenschutzrechts aus; die dargestellten verschiedenen Lösungsansätze (vgl. 3.) sind sich darüber uneinig, ob auf den Abschluss oder auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abgestellt werden muss, nicht aber über die Nichtrückwirkung; BREITSCHMID/MATT (FN 51), 226; FASSBIND (FN 56), 169; HOPF (FN 50), 146; KuKo-LANGENEGGER (FN 11), Art. 360 ZGB, N 7; MEIER/LUKIC (FN 53), N 195; BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO (FN 7), Art. 360 ZGB, N 12; SCHMID (FN 50), 294.

⁶³ Als Tatsache ist jeder Vorgang zu verstehen, welcher eine Rechtswirkung zur Folge hat. Dieser kann ein natürliches Ereignis sein oder in menschlichem Verhalten bestehen, vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2009, § 119, N 7. Handlungen sind ebenfalls Tatsachen, und zwar «diejenigen [...], die ein menschliches, vom Willen der Person abhängiges Verhalten darstellen», CHK Sachenrecht-GIAN BRÄNDLI, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. A., Zürich 2012, Art. 1 SchlT ZGB, N 9.

⁶⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 63), § 119, N 7.

Zu untersuchen ist aber, ob die nach dem 1. Januar 2013 errichteten Vollmachten und Aufträge mit Weitergeltungsklausel auch bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit nach obligationenrechtlichen Bestimmungen weitergelten können, oder ob diese (und damit generell die Vereinbarung von Weitergeltungsklauseln für den Fall der Handlungsunfähigkeit) ungültig sind, sofern sie nicht die Anforderungen des Vorsorgeauftrags erfüllen (u.a. Form, vgl. 2.1.1., Überprüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde, vgl. 2.1.2.). Diese Frage ist durch Auslegung von Art. 35 Abs. 1/405 Abs. 1 OR und Art. 360 ZGB zu beurteilen.⁶⁵

4.2.2. Grammatikalische Auslegung

Ziel der grammatikalischen Auslegung ist es, anhand des Wortlauts den Wortsinn ermitteln zu können.⁶⁶

Nach dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1⁶⁷ bzw. 405 Abs. 1 OR⁶⁸ erlöschen Vollmachten und Aufträge u.a. mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, sofern nicht das Gegenteil bestimmt bzw. vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht. Handlungsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Person *urteilsunfähig* oder minderjährig ist oder unter umfassender Beistandschaft steht (Art. 17 ZGB).

⁶⁵ Durch die Auslegung von Rechtsnormen können abstrakt formulierte Tatbestände auf konkrete Sachverhalte angewandt werden, wenn Zweifel bzw. unterschiedliche Meinungen über den wirklichen Sinn einer Norm, hier Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR, bestehen. Dabei ist schematisch vorzugehen und es sind gewisse Auslegungsregeln zu beachten. Es gibt vier klassische Auslegungselemente (das grammatikalische, das systematische, das teleologische und das historische Element) und einige weitere, untergeordnete Elemente, welche nicht zwingend bei jeder Auslegung berücksichtigt werden müssen, vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT, in: Stephanie Hrubesch-Millauer/Sybille Hofer, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. A., Bern 2012, N 02.37 ff.

⁶⁶ Massgebend hierfür ist der in der amtlichen Sammlung publizierte Gesetzestext, wobei alle drei Amtssprachen gleichwertig sind (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 PubLG). Neben dem eigentlichen Gesetzestext sind bei der Auslegung unter anderem die Überschriften der Abschnitte und Titel, die Marginalien, die Interpunktion und die Absatzbildung zu berücksichtigen: Einleitungsartikel und Personenrecht, HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT (FN 65), N 02.64 ff.

⁶⁷ «Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.» Vgl. dazu auch vorne, 2.2.2.

⁶⁸ «Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder des Beauftragten.» Vgl. dazu auch vorne, 2.2.2.

Eine Vereinbarung der Weitergeltung von Vollmachten bzw. Aufträgen über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus soll möglich sein.

4.2.3. Historische Auslegung

Das historische Auslegungselement versucht den Sinn einer Norm über deren Entstehungsgeschichte zu ergründen und die Frage zu klären, welche Deutung eines Gesetzestexts den Absichten und Vorstellungen des Gesetzgebers am ehesten entspricht.⁶⁹

Die Zulässigkeit der Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen über die Urteilsunfähigkeit hinaus war schon vor der Revision des Vormundschaftsrechts umstritten.⁷⁰ Um Klarheit zu schaffen und der faktischen Rechtslage in der Praxis gerecht zu werden, beschloss die Expertenkommission eine entsprechende Klarstellung in Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR:

«Nach geltendem Recht ist es nicht sehr klar, ob erteilte Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers hinaus fortauern. Wir schlagen [...] denn auch eine Klarstellung im Obligationenrecht vor, wonach solche Anordnungen über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus weiterbestehen können. Das ist in der Praxis gewissermassen Alltag.»⁷¹

Aus dieser Diskussion heraus ist sodann (auch) die Idee der Einführung des Vorsorgeauftrags entstanden.⁷² Dies wird in der Lehre allerdings z.T. als Hinweis darauf ver-

⁶⁹ Massgebende Gesetzesmaterialien «sind der Vorentwurf, der bundesrätliche Entwurf, die Erläuterungen, Protokolle der Expertenkommission(en) und diejenigen der parlamentarischen Kommissionen, die Botschaft des Bundesrates, sowie das Amtliche Bulletin von National- und Ständerat». Die Materialien sind eher zu beachten, wenn sie noch verhältnismässig jung sind, wie dies beim Erwachsenenschutzrecht der Fall ist. Einleitungsartikel und Personenrecht, HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT (FN 65), N 02.89. Zu beachten ist, dass die Protokolle der Expertenkommissionen der Öffentlichkeit nicht in allgemeiner Weise zugänglich sind. Vgl. z.B. BGE 111 II 149, E. 4a; BGE 115 V 347, E. 1c.

⁷⁰ Bejahend z.B. BSK OR I-WATTER (FN 20), Art. 35 OR, N 4; JON SAMUEL PLOTKE, Weitergeltung einer Vollmacht trotz Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers? BGE 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, recht 2005, 151 f., 152; WIDMER BLUM (FN 3), 74 f.; ablehnend z.B. BK-ROGER ZÄCH in: Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/2, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, Bern 1990, Art. 35 OR, N 16; ZK-HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, in: Zürcher Kommentar, Bd. V/1, Obligationenrecht, Art. 1–183, 2. A., Zürich 1929, Art. 35 OR, N 6. In BGE 132 III 222 hat sich das Bundesgericht explizit für die Zulässigkeit ausgesprochen.

⁷¹ EXPERTENKOMMISSION für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts, Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000, 1081.

⁷² EXPERTENKOMMISSION (FN 71), Protokoll der 14. Sitzung vom 19./20. Oktober 2000, 1081.

standen, dass die Weitergeltung einer gewöhnlichen Vollmacht bzw. eines gewöhnlichen Auftrags «nicht die Funktion einer Dauerlösung [hat], die neben einem Vorsorgeauftrag oder einer behördlichen Massnahme gelten könnte».⁷³ Dieser Schluss ist u.E. nicht zwingend: Der Vorschlag der Einführung des Vorsorgeauftrags könnte ebenso gut als Ergänzung gedacht gewesen sein.

Zu beachten ist auch die von der Expertenkommission vorgeschlagene Erstfassung von Art. 35 OR:⁷⁴ «Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt mit der behördlichen Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft für alle Angelegenheiten sowie, sofern nicht das Gegenteil angeordnet ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem voraussichtlich dauernden Verlust der Urteilsfähigkeit [...] des Bevollmächtigten.»⁷⁵ Dadurch wird deutlich, dass die Anordnung einer umfassenden Beistandschaft⁷⁶ zwingend das Erlöschen der Vollmacht zur Folge haben soll, in den übrigen Fällen eine Weitergeltungsklausel aber bestimmt oder vereinbart werden kann.⁷⁷ Diese Fassung entspricht nicht dem geltenden Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR. Grund für die sprachliche Änderung war, dass der Erlöschungsgrund der Urteilsunfähigkeit nicht auf juristische Personen (welche keine Urteilsfähigkeit erlangen können) zugeschnitten war und dass der zu enge zwingende Erlöschungsgrund nur die umfassende Beistandschaft, nicht aber die Vertretungsbeistandschaft erfasste.⁷⁸ «Ein inhaltliches Zurückkommen auf die Wirksamkeit von Weitergeltungsklauseln war damit aber nicht intendiert.»⁷⁹

Im Rahmen der Möglichkeit zur Vereinbarung einer Weitergeltungsklausel wurde zum Schutz der vollmacht- bzw. auftraggebenden Person die Meldepflicht des Beauftragten in Art. 397a OR vorgesehen. Diese Pflicht ist gemäss der Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude» der Ex-

⁷³ RUMO-JUNGO (FN 55), 242 f., Fn. 56.

⁷⁴ Die vorgeschlagene Erstfassung von Art. 405 OR lautet fast gleich: EXPERTENKOMMISSION für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts, Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, 12.

⁷⁵ EXPERTENKOMMISSION (FN 74), Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, 11.

⁷⁶ Die umfassende Beistandschaft wurde im Vorentwurf von 1998 noch «Vertretungsbeistandschaft für alle Angelegenheiten» genannt, vgl. VE 98 II, Art. 17 ZGB, in: BEGLEITBERICHT mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz) vom Juni 1998, 53.

⁷⁷ EMMENEGGER (FN 47), 124.

⁷⁸ EXPERTENKOMMISSION für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts, Protokoll der 31. Sitzung vom 11. November 2002, 3918 f.

⁷⁹ EMMENEGGER (FN 47), 126 mit Verweis auf BSK Erwachsenenschutz-REUSSER (FN 35), Art. 374 ZGB, N 48 und dem Hinweis, dass REUSSER die Expertenkommission leitete.

pertenkommission Ausfluss der Sorgfaltspflicht und soll sowohl für die Fälle, in denen der Auftrag wegen der dauernden Urteilsunfähigkeit untergehe, als auch für die Fälle gelten, in denen das Vertragsverhältnis andauern soll.⁸⁰

All dies lässt u.E. (eher) darauf schliessen, dass die Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts bewusst übernommen wurde und möglich sein soll – neben dem Instrument des Vorsorgeauftrags.

4.2.4. Teleologische Auslegung

Mit dem teleologischen Auslegungselement soll der Zweck einer Norm ermittelt werden können. Dieser kann sich direkt aus der auszulegenden Norm, aus den Zielen des ihr zugrunde liegenden Rechtsinstituts oder aber aus dem gesamten Gesetz ergeben.

Die Möglichkeit einer Weitergeltungsklausel gemäss Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR bezweckt, dass eine Vollmacht/ein Auftrag nicht zwingend mit Eintritt der Handlungsunfähigkeit untergeht, sondern auf Anordnung des Vollmachtgebers bzw. auf Vereinbarung mit dem Auftraggeber weitergilt. Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag wird die Vollmacht/der Auftrag bereits vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit wirksam; die Weitergeltung mittels Parteivereinbarung stellt sicher, dass die Vollmacht/der Auftrag auch nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiter durch die ausgewählte Person erfüllt wird.⁸¹

Das Institut des Vorsorgeauftrags dient demgegenüber in erster Linie der Möglichkeit einer *allfällig notwendigen, zukünftigen* Vorsorge. Es regelt ein zukünftiges, ungewisses Ereignis und kann erst bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit seine Wirkungen entfalten.

Die Rechtsinstitute der Vollmacht bzw. des Auftrags und des Vorsorgeauftrags verfolgen unterschiedliche Zwecke, welche verschiedene Konstellationen betreffen.

Die teleologische Auslegung deutet u.E. darauf hin, dass die Vereinbarung der Weitergeltung von Vollmachten bzw. Aufträgen über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus möglich sein soll, da andere Intentionen als beim Vorsorgeauftrag (welcher erst auf einen bestimmten, zukünftigen Zeitpunkt wirksam werden soll) verfolgt werden.

⁸⁰ EXPERTENKOMMISSION (FN 74), Arbeitsgruppe «mandat d'inaptitude», Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, 5; vgl. dazu auch SCHMID (FN 50), 271 f.

⁸¹ Vollmachten und Aufträge, welche erst im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden sollen, sind seit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts nicht mehr zulässig, vgl. 3.2.2. und 3.3.2.

4.2.5. Systematische Auslegung

Die auszulegende Norm darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern in ihrem normativen Kontext als Teil einer einheitlichen Rechtsordnung. Sie ist im Zusammenhang mit Bestimmungen, welche zu ihr in einem sachlichen Verhältnis stehen, mit Titeln und Randtiteln zu verstehen. Dabei soll das Verständnis der Norm so sein, dass keine Widersprüche mit den sie umschliessenden Normen entstehen und dass die innere Systematik der Norm selbst gewahrt werden kann.⁸² Von besonderem Interesse ist vorliegend das Zusammenspiel zwischen Art. 35/405 OR und Art. 360 ff. ZGB.

Vollmachten und Aufträge sind Institute des Obligationenrechts, während der Vorsorgeauftrag systematisch zum Erwachsenenschutzrecht gehört. Wie bereits bei der teleologischen Auslegung gesehen (vgl. 4.2.4.), beziehen sich Vollmachten/Aufträge mit Weitergeltungsklausel und Vorsorgeaufträge auf unterschiedliche Situationen:

Der *Vorsorgeauftrag* regelt ein zukünftiges, ungewisses Ereignis (Eintritt der eigenen Urteilsunfähigkeit), zwischen dessen Eintritt und der Errichtung eine gewisse Zeitspanne liegt. Aufgrund dieser zeitlichen Diskrepanz und weil der Vorsorgeauftrag vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit keine Wirkungen entfalten kann (die auftraggebende Person somit während der Dauer ihrer Urteilsfähigkeit nicht beurteilen kann, ob die ausgewählte Person den Vorsorgeauftrag zu ihrer Zufriedenheit ausführt), bedarf der Vorsorgeauftraggeber eines besonderen Schutzes. Diesem Schutz dienen u.a. die Formvorschriften (vgl. 2.1.1.) und die Überprüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde (vgl. 2.1.2.).

Die *Vollmacht/der Auftrag mit Weitergeltungsklausel* bezieht sich demgegenüber bereits auf die Gegenwart und entfaltet seine Wirkungen schon während der Dauer der Urteilsfähigkeit der vollmacht-/auftraggebenden Person, welche die Ausführung der Stellvertretung bzw. des Auftrags selbst überprüfen und gegebenenfalls jederzeit widerrufen kann (Art. 34 Abs. 1 und 404 Abs. 1 OR). Bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit kann u.E. wohl davon ausgegangen werden, dass der Vollmacht-/Auftraggeber seine Wahl immer noch für geeignet hält, weshalb er nicht im selben Masse schutzbedürftig ist wie die vorsorgeauftraggebende Person.

Die systematische Auslegung ergibt u.E., dass Art. 35 Abs. 1 OR/405 Abs. 1 OR und Art. 360 ff. ZGB nicht im Widerspruch zueinander stehen und die *Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen* über den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit hinaus zulässig ist.

4.2.6. Auslegungsergebnis

Alle Auslegungselemente sprechen u.E. dafür, dass das *Weiterbestehen von Vollmachten und Aufträgen möglich sein soll*, sofern eine Weitergeltungsklausel gemäss Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR für den Fall der Urteilsunfähigkeit der vollmacht- bzw. auftraggebenden Person vereinbart worden ist.⁸³

4.3. Fazit

Vollmachten und Aufträge, welche vor dem 1. Januar 2013 errichtet wurden, werden u.E. gemäss Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB nach altem Recht beurteilt. Dabei spielt keine Rolle, ob die Urteilsunfähigkeit vor oder nach Inkrafttreten des geltenden Rechts eingetreten ist und ob die Vollmacht bzw. der Auftrag eine Weitergeltungsklausel vorsieht oder sie bzw. er erst im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden soll.

Für Vollmachten und Aufträge, welche nach dem 1. Januar 2013 errichtet wurden, kann u.E. gültig eine Weitergeltung gemäss Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus vereinbart werden.

5. Resümee

Die kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden haben sich teilweise mit den im vorliegenden Beitrag gestellten Fragen auseinandergesetzt: So lässt die *Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich* die Weitergeltung von Vollmachten und Aufträgen zu. Da sogenannte Vorsorgevollmachten in der Praxis nicht immer akzeptiert werden, empfiehlt sie in einem Merkblatt, einer bevollmächtigten Person zusätzlich zur (eigentlich rechtswirksamen) Vollmacht mit Weitergeltungsklausel einen Vorsorgeauftrag zu erteilen.⁸⁴

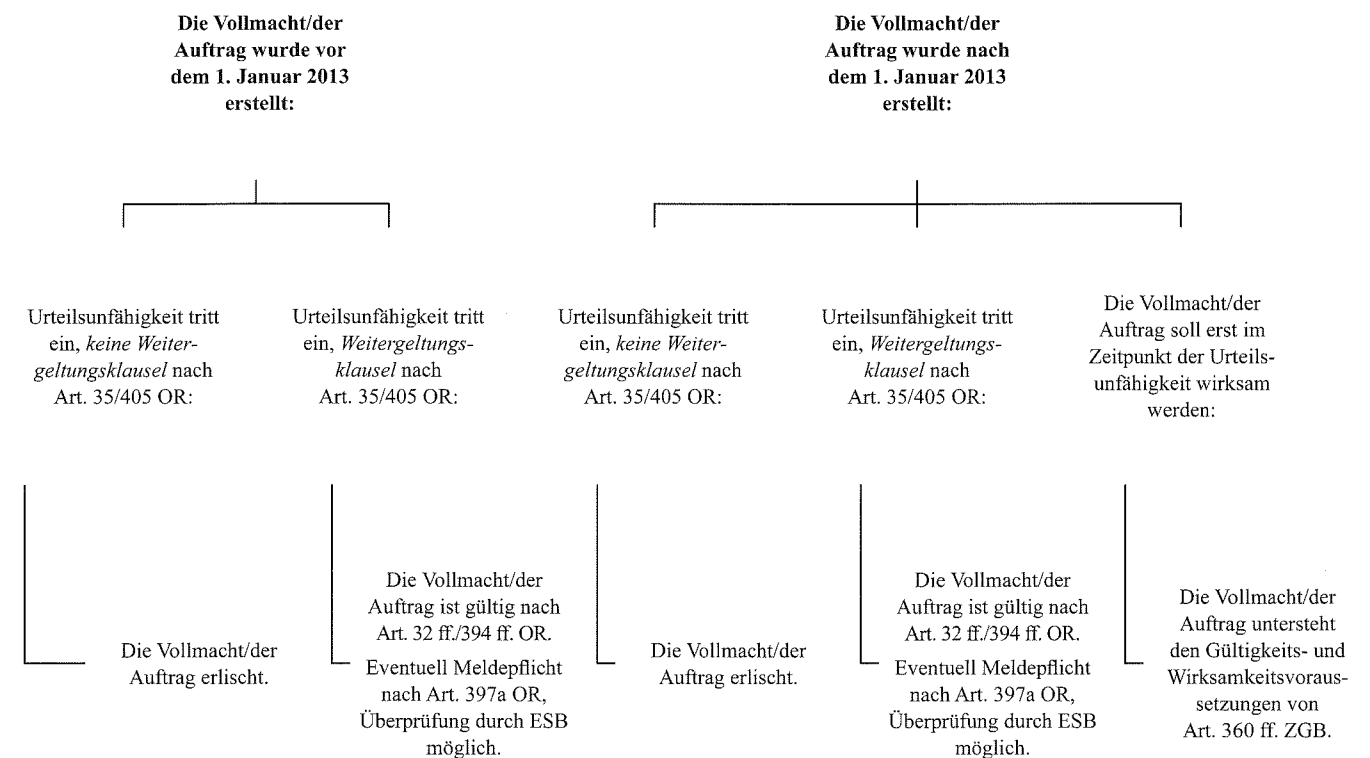
Auch im *Kanton Bern* ist Praxis, dass bei Vollmachten bzw. Aufträgen, welche bereits vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit gelten (z.B. bei beginnender oder absehbarer Demenz), die Formvorschriften des Vorsorgeauftrags

⁸³ Grundsätzlich sind alle Auslegungsmethoden gleichwertig: Das Bundesgericht hat sich in ständiger Praxis für den sogenannten Methodenpluralismus ausgesprochen und eine Hierarchie abgelehnt, vgl. z.B. BGE 121 III 219, E. 1d/aa. Führen nicht alle Auslegungselemente zum selben Ergebnis, ist im Einzelfall zu entscheiden, welches der Elemente am stärksten gewichtet werden soll, HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT (FN 65), N 02.115.

⁸⁴ Vgl. KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZBEHÖRDE DER STADT ZÜRICH, Merkblatt: Vorsorge-Auftrag, einsehbar unter <http://www.stadtzuerich.ch/content/portal/de/index/politik_u_recht/kinde_und_erwachsenenschutzbehoerde/downloads.html>.

⁸² HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT (FN 65), N 02.75 ff.

Die *dogmatische Untersuchung* im vorliegenden Beitrag hat Folgendes ergeben:



nicht eingehalten werden müssen: Die Vollmacht/der Auftrag gilt bei Bestehen einer Weitergeltungsklausel weiter, bis eine Meldung gemäss Art. 397a OR angezeigt ist und der Widerruf der Vollmacht durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bzw. das (pflichtgemässe) Niederlegen des Mandats durch den Beauftragten selbst zur Interessenwahrung des Vollmacht- bzw. Auftraggebers erforderlich wird. Keine Praxis besteht jedoch bisher betreffend die Frage, in welchem Verhältnis Vollmachten bzw. Aufträge mit Weitergeltungsklauseln zu konkurrenzierenden Vorsorgeaufträgen stehen. Denkbar sei sowohl der Vorrang des Vorsorgeauftrags als auch der neueren bzw. der spezielleren Vereinbarung. Schliesslich weist auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bern auf das in der Praxis bestehende Akzeptanzproblem von Banken, der Post, Grundbuchämtern etc. in Bezug auf Privatvollmachten hin: Wenn die Vollmachten nicht anerkannt werden⁸⁵, müsste die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

selbst nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB tätig werden bzw. eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB) errichten.⁸⁶

Nach Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts können keine obligationenrechtlichen Vollmachten und Aufträge mehr errichtet werden, *welche erst auf den Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Urteilsunfähigkeit der vollmacht- bzw. auftraggebenden Person wirksam werden sollen*.

Vor dem 1. Januar 2013 errichtete und mit einer Weitergeltungsklausel versehene Vollmachten und Aufträge sind gültig, unabhängig davon, wann die Urteilsunfähigkeit der vollmacht- bzw. auftraggebenden Person eintritt. Dies gilt u.E. auch für Vollmachten und Aufträge, welche erst im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden sollen, da für die Anwendung des alten Rechts alleine der Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts massgebend ist (vgl. 3.3.1. und 4.1.).

⁸⁶ Für die Auskunft bedanken wir uns herzlich bei Dr. iur. PATRICK FASSBINDER, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bern und Vorsitzender der Geschäftsleitung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Bern.

⁸⁵ Was oft trotz Bemühungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bern der Fall sei.

Nach dem 1. Januar 2013 errichtete und mit einer Weitergeltungsklausel versehene Vollmachten und Aufträge bleiben u.E. selbst bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit gültig. Dies ergibt die Auslegung von Art. 35 Abs. 1 bzw. 405 Abs. 1 OR.

Zu beachten ist bei diesen Vollmachten und Aufträgen mit Weitergeltungsklausel die bundesgerichtliche Rechtsprechung (zum alten Vormundschaftsrecht), welche einen eingreifenden «Kontrollmechanismus» statuiert: Nur wenn der hilfsbedürftige Vollmachtgeber jederzeit in der Lage ist, die bevollmächtigte Person zu kontrollieren, zu überwachen und gegebenenfalls zu ersetzen, kann auf behördliche Massnahmen verzichtet werden.⁸⁷ Wird der Vollmacht- oder Auftraggeber urteilsunfähig, hat dies aber in der Regel den Verlust dieser Kontrollmacht zur Folge. Dies führt u.E. gleichzeitig zu einer Meldepflicht nach Art. 397a OR (vgl. 2.3.). Die Erwachsenenschutzbehörde bekommt so Kenntnis von Vollmacht bzw. Auftrag und hat allenfalls angemessene Massnahmen anzuordnen. Hierbei hat sie allerdings nach dem Grundsatz der Subsidiarität und der Komplementarität behördlicher Massnahmen die bisherigen Vertretungsstrukturen wenn möglich weiterzuführen und in die gesamte Regelung zu integrieren.⁸⁸

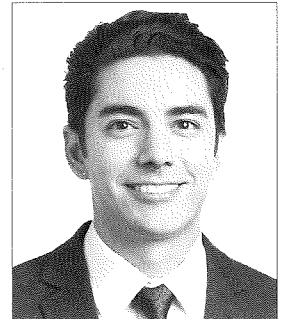
⁸⁷ BGE 134 III 385, E. 4.2.

⁸⁸ BREITSCHMID/MATT (FN 51), 225; SCHMID (FN 50), 272.



Erbrechtliche Bewertungsfragen (Teilungsmasse, Herabsetzungsmasse, Verkehrswertänderungen) und deren prozessuale Durchsetzung

THOMAS ROHNER



ALAIN MUSTER

Erbrechtliche Verfahren und Prozesse erstrecken sich oftmals über einen langen Zeitraum. Dabei stellt sich die Frage, wie mit Wertveränderungen an Erbschaftssachen umzugehen ist. Der vorliegende Beitrag untersucht zunächst die für das Erbrecht massgeblichen Zeitpunkte, auf welche die Bewertung hin zu erfolgen hat sowie die entsprechenden Kriterien für die Wertbestimmung. Weiter wird die Frage untersucht, wie mit Wertveränderungen während eines laufenden Zivilverfahrens umzugehen ist. Der Beitrag schliesst mit einigen Anregungen für die Praxis.

Les procédures et procès en droit des successions s'étalent souvent sur une longue période. Comment faut-il dès lors traiter les fluctuations de valeur des biens de la succession ? Le présent article étudie dans un premier temps les moments déterminants pour l'évaluation en droit successoral ainsi que les critères d'évaluation. Il examine ensuite la manière de traiter ces fluctuations de valeur lorsqu'une procédure civile est en cours. Il présente enfin quelques suggestions pour la pratique.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Massgebliche Bewertungszeitpunkte und Wertbestimmung
 - A. Teilungsmasse
 1. Gesetzliche Grundlagen
 2. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt und Wertbestimmung
 3. Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers und der Erben
 - B. Zu Lebzeiten ausgerichtete Vorempfänge (Ausgleichung)
 1. Gesetzliche Grundlagen
 2. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt und Wertbestimmung
 3. Zurechnungen von Wertveränderungen zwischen Zuwendung und Erbgang im Besonderen
 4. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt bei der gemischten Schenkung
 5. Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers
 - C. Herabsetzungsmasse
 1. Gesetzliche Grundlagen
 2. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt und Wertbestimmung
 3. Zurechnung von Wertveränderungen zwischen Erbgang und Teilungsvollzug im Besonderen
- III. Die Bestimmung des Verkehrswerts und des wirklichen Werts bei Unternehmen
- IV. Neubewertung bei laufenden Verfahren
- V. Anregungen für die Praxis

I. Ausgangslage

Im Erbrecht besteht eine der grossen Fragen darin, wie die zivilrechtliche Ordnung mit Wertveränderungen umgeht. Die Abläufe und Prozesse erstrecken sich oftmals über einen langen Zeitraum; so kann der Erblasser Verfügungen und Zuwendungen zu Lebzeiten vornehmen und andere

Vorkehrungen treffen, welche sich nach seinem Ableben auf seinen Nachlass auswirken. Ebenso können die Erben mit der Aufteilung einer Erbschaft lange zuwarten, so dass mitunter mehrere Generationen daran beteiligt sind. Kommt es schliesslich zu einem Zivilverfahren, stellen sich nicht selten komplexe rechtliche Fragen, was wiederum Zeit in Anspruch nimmt. Der Vermögenswert ist kontinuierlich dem Wandel der Zeit unterworfen und muss zwangsläufig ständig neu, auf der Grundlage der aktuellen relevanten Umstände, bemessen werden. Vor diesem Hintergrund sind insbesondere zwei Kriterien bei der Bewertung von Gegenständen von grundlegender Bedeutung, namentlich der massgebliche *Bewertungszeitpunkt* und der massgebliche *Wert*, welcher mit der Bewertung ausgedrückt werden soll.

In einem ersten Schritt sind daher die massgeblichen Bewertungszeitpunkte, auf welche die Bewertung hin zu erfolgen hat, anhand der gesetzlichen Grundlagen näher zu definieren, namentlich für die Teilungsmasse, die Ausgleichung und im Bezug auf den Pflichtteilsschutz, d.h. die Herabsetzungsmasse. Ist der massgebliche Bewertungszeitpunkt einmal festgelegt, lassen sich damit Wertveränderungen vor und nach diesem Zeitpunkt zuordnen. Als *Grundregel* gilt, dass Wertveränderungen, welche sich vor dem massgeblichen Bewertungszeitpunkt verwirklichen, der Erbengemeinschaft bzw. der Erbschaft zuzuordnen sind.¹ Wertveränderungen nach dem massgeblichen Bewertungszeitpunkt sind dagegen dem an der fraglichen Sache alleinberechtigten Erben oder Bedach-

THOMAS ROHNER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Pestalozzi, Zürich. Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Referat, welches der erstgenannte Autor anlässlich des St. Galler Erbrechtstags 2013 gehalten hat.

ALAIN MUSTER, MLaw, Rechtsanwalt bei Pestalozzi, Zürich.

¹ FRANZ KELLER, Erbrechtliche Fragen bei Wertveränderungen, Diss. Zürich 1972, 11.